

الفريضة في نطاق الملكية العقارية

القاضي منير الفرشيشي (*)

ربّما لن نجد غموضا في هذا المقال من حيث إبراز العلاقة القائمة وجوبا وافترضا أيضا بين الفريضة والملكية بوجه عام ولو أننا غيرنا في هذا الإطار الاعتماد على الملكية العقارية دون سواها، ذلك أن الفريضة لا تعدّ أن تكون سوى تقنية شرعية لاحتساب نسب الاستحقاق حين من كانوا شركاء في ملكية شيء انجر إليهم إرثا.

وانطلاقا من هذا المستوى نشرع في البيان أن للفريضة علاقة قانونية بالملكية ذلك أن المشرع التونسي كسائر مشرعي البلاد الأخرى قد جعل من الملكية أداة للتعامل وطريقة من طرق كيفية التملك بما معنى أن الملكية كوسيلة من وسائل التعامل تفترض قبل ذلك وسائل تملكها لأن نظام المعاملات يقتضي أن يكون موضوعه داخل في ذمنا المالكية ولا يدخل في هذه الذم سوى الحقوق الشرعية. والملكية تمثل شيئا من هذه الحقوق وعليه فكلّ ما اكسب شرعا يجوز التعامل عليه شرعا، وكما نلاحظ فإنّ المسألة قد انتقلت بذاتها من موطن التعامل إلى وطن

(*) وكيل رئيس المحكمة العقارية

الاكتساب وحقّ بذلك أن نعتبر أنّ من أهمّ المسائل القانونيّة التي تطرحها الملكية العقارية والملكيّة بوجه عام هي طرق اكتسبها المشرّع التونسي في هذالم يكن محلّ نقاش إذ ضمن صلب مجلّة الحقوق العينيّة وتحديدًا بالفصل 22 منها طرق اكتساب الملكية وجعل من الإرث وسيلة من بين وسائل كسب الملكية. وإذا ما اعتبرنا أنّ الإرث يتحقّق بموجب وفاة المورث، فإنّ هذا السبب العام في كسب الملكية والمعيّن صلب الفصل المذكور لا يحقّق بشكل واضح تأثيره على الحقّ العيني لأنّه يقتصر على تحديد المالك (أي بالرجوع إلى الورثة الشرعيّين حسب القانون والشرع) ولا يتعدّاه إلى تحديد نسبة الاستحقاق. فالتوريث تحقيق الملكية في إطلاقها وليس في تحديدها، لذلك استوجب الأمر ضرورة التعديّ إلى تقنية قانونيّة أخرى تتحدّد بها بعد تحديد المالك طبعًا بنسبة استحقاقه في تلك الملكية المورثة. لذلك اعتبر الفقهاء أنّ الفريضة وعموما علم الفرائض، الطريقة الشرعيّة التي تُعيّن نسب استحقاق الورثة يقول الفقيه صبحي الحمصاني : (وعلينا أن نوّكد أيضا أنّ المفهوم اللفظي لا يبعد كثيرا عن اللفظ الفقهي للفريضة فهي اسم مشتقّ من فرض أي أسهم وحدّد وبين).

والفريضة كذلك لا يجب أن تؤخذ على معناها الشرعي فحسب بل تتعدّاه إلى مفهومها الرّياضي أي الحسابي لأنّ مجرد تحديد الفريضة دون بيان نسبته بالمقارنة مع أصل الملكية لا يقوم ولا ينسجم لذلك كثيرا ما اعتبرت الفرائض علما وعملاً.

والفريضة بهذا المفهوم تدخل في نطاق واسع في مجال الملكية، فهي وسيلة للاستحقاق، وهي وسيلة لتحديد مناطقها ومدّتها ونسبتها.

ونحن بهذه المداخلة سوف نحاول إبراز هذه المعادلة بين الفريضة والاستحقاق وكيف يمكن لعلم الفرائض أن يؤثر في الملكية ويؤثر عليها في بعض الأحيان.

فكيف إذن تستطيع أن ترسم هذه العلاقة وكيف يحقّ لنا أن نوّكد على صحتها ؟

نحن نعلم أنّ الملكية نوعان ملكية منقول وملكية عقار. وبالرغم من أنّ معادلتنا المرسومة، ولو افتراضا إلى حدّ الآن تسري على النوعين معاً، فإنّنا سوف نقصي الأولى في بحثنا ونركّز على الثانية أي الملكية العقارية لأهميتها التي لا تتحمّل أيّ نقاش سواءً على المستوى القانوني⁽¹⁾ أو على مستوى الاقتصادي الاجتماعي والإنمائي بوجه عام. وكما هو معلوم، فإنّ الملكية العقارية في تونس تخضع إلى نظامين نظام الملكية غير المسجلة ونظام الملكية المسجلة الذي تطوّر بدوره بداية من سنوات 1992 إلى سنوات 2001 تطوّرا مؤثرا على النظام القانوني الأصلي بحيث أصبحت هذه العقارات خاضعة بدورها إلى نظامين مختلفين : نظام العقارات المسجلة الخاضعة الأثر المنشئ للتسجيل والعقارات غير الخاضعة لهذا المبدأ.

وأمام هذا التصنيف، أصبح من المفروض علينا أن نبحث في بيان صحّة معادلتنا من خلال هذا التصنيف للملكية وأخذاً بعين الاعتبار لاختلافه.

(1) ذلك أنّ الملكية العقارية خاضعة للتفريع بين حق الرقبة وحق الانتفاع والاستعمال في حين أنّ ملكية النقول لا تحقق هذا النظام القانوني وهو ما له من تأثير مباشر على الملكية الموروثة.

لذلك سوف نبحث في تحقيق المعادلة على مستوى النظام العام للملكية في جزء أول ونبحث عن تحقيقها على مستوى النظام الخاص للملكية في جزء ثان.

الجزء الأول : علاقة الفريضة بالملكية في نظامها العام :

لعلّ من أقدم التفاعلات الاجتماعية لدى العرب وسائر المجتمعات الأخرى ظاهرة التوريث ولعلّ مردّد ذلك أيضاً أنّ هذه الوضعية لا تتصل فقط بالتمظهر الاجتماعي بل ترتبط كذلك بالواقع الطبيعي والبيولوجي فالأمراض تورّث ولون الشعر ولون العينين يورّث مثل ما تورّث الألقاب وكذلك الأموال بيد أنّ المجتمعات العربية القديمة كانت تقتصر التوارث على العصابات فقط دون الإيثار وعلى الأسياد دون العبيد وتطوّر الشريعة الإسلامية المعتمدة أصلاً في ميدان الموارث بمجلة الأحوال الشخصية التونسية أصبحت المرأة زوجة كانت أو أما أو بنتا... الخ داخلية في ميدان الإرث واستحقاق الملكية بموجبه.

وعلى هذا الأساس، يمكن القول أنّ التورث أصبح بهذا الشكل علاقة اتصال طبيعي ثمّ قانوني بين المورث وورثته (أ).

ولأنّ علاقة التوريث علاقة اتصال بين المورث وورثته، فهي إذن تقضي بانتقال الملكية أي ملكية من المورث إلى هؤلاء، فهي إذن علاقة انتقال (ب) و بانتقالها هذا تنتقل هذه الملكية بدورها من نظام قانوني إلى نظام جديد وهو نظام الملكية المشاعة أي نظام الاشتراك، فهي بالتالي تصبح في مستوى علاقة توحيد بين الورثة (ج).

الفقرة الأولى : الفريضة علاقة اتصال بين المورث وورثته :

من المؤكّد أنّه بوفاة المورث تنقطع العلاقة المدنية أي العائلية الرابطة بينه وبين ورثته، فالأب كأساس علاقة الأبوة تنعدم بوفاته هذه الوضعية

يعني وضعيّة الأبوة بينه وبين أبنائه وزوجته بمفهوم انعدام الالتزامات المدنية الرّابطة بينهم فلا نفقة تصبح موجبة ولا طاعة ولا ولاية... الخ.

غير أنّه في نطاق الفريضة، فإنّ العلاقة النسبيّة هي أساس استحقاق وبالتالي يستوجب الأمر قانوناً على مدّعي الاستحقاق بموجب الإرث أن يثبت إلحاق نسبته بنسب المورث كشرط أساسي ومبدئي لاستحقاق الفريضة، وفي هذا المستوى كان النّسب الرّابط بين المورث والورثة أو شروط الاستحقاق بموجب الإرث غير أنّ هذه العلاقة لا تنفرد بها الرّابطة الأبويّة فقط بل تتعدّها إلى سائر العلاقات الأخرى وهو ما ينقسم به الأساس إلى نمطين أساسين هما رابطة دمويّة ورابطة مصاهرة أو فراشي لكن على الرّغم من هذا الاختلاف في نمط العلاقة، فإنّها من حيث الجنس تبقى موحدة يعني أنّ كلّاً من الإناث والذكور المندمجين تحت هذه العلاقات يحقّ لهم الإرث والاستحقاق.

وعلى هذا الأساس، كان كلّ من اتصل بنسب المورث دمويّاً أو مصاهرة حقّ له استحقاق الملكية بالإرث بقطع النّظر عن جنسه ذكراً كان أو شيء لذلك كان من يرث من الرّجال الرّوّج الابن وابن الابن وأنّ سفّل الاب - الجد الأخ شقيقاً كان أو لأب أو لأم العمّ الشّقيق أو لأب أو الأمّ ... الخ.

ومن النّساء الرّوّجة والبنت وبنت الابن وان سفلت - الأمّ الجدة الأخت الشّقيقة أو لأمّ أو لأب ... الخ.

وهؤلاء الورثة يختلفون في استحقاق الموروث في كيفية هذا الاستحقاق فمنهم من يرث مناباً محدّداً من كامل التّركة ويسمّى فرضاً وتسمّى هذه الفئة من الورثة بأصحاب الفروض.

في حين يرث صنف آخر منهم ما تبقى من قسمة الفروض بعد استيفائها إن بقي باقي ويسمّون عصة يرثون تعصّبا وعادة ما يكون هؤلاء من ذكور الورثة.

فمن أصحاب الفروض نجد الزّوجة والزّوج والبنت وبنت الإبن وإن سفلت (2) والشقيقة والأمّ والجدة والأب والجدّ في بعض الحالات والجدة ... الخ. أمّا البقية، فترث تعصّبا وعلينا أن نلاحظ في هذا المستوى أنّ هناك من الورثة من تجتمع فيه صفة الفرض والتّعصب معاً في حالات معينة. فالأب أو التّعصيب أو الفرض كالجدة.

لكن يمكن القول في جميع الأحوال إنّ هذا الاختلاف المبين في نوعيّة العلاقة الوراثية أو في كفيّة الاستحقاق فإنّ بثبوت العلاقة النسبيّة أو بوجود الاتصال يعني الحدث والورثة تنتقل ملكيّة الموروث إلى الورثة.

الفقرة الثّانية : الإرث علاقة انتقال

هذا المبدأ لا يرتقي إليه الغموض أو الاستشكال ضرورة أنّ حقوق المورث مرجعها على كلّ حال دخولها في ذم وورثته من بعده ولا أدلّ على ذلك ما اقتضاه المشرّع صلب الفصل 22 م ح ع النّاص على أسباب كسب الملكيّة يعتبر أنّ الميراث من ضمن هذه الأسباب حيث تضمن "تكتسب الملكيّة بالعقد والميراث والتّقديم والالتصاق ومفعول القانون وفي المنقول بالاستيلاء أيضاً".

(2) ذلك أنّ الملكيّة العقارية خاضعة للتّفريع بين حقّ الرقبة وحقّ الانتفاع والاستعمال في حين أنّ ملكيّة المنقول لا تحقّق هذا النّظام القانوني وهو ما له من تأثير مباشر على الملكيّة الموروثة.

ولقد تساءل الفقهاء في هذا الأمر بداية نقل الملكية واستحقاقها بموجب الإرث من تاريخ الوفاة أي بمجرد الوفاة أم من تاريخ فتح التركة ؟

علينا أن نوضح في هذا المستوى التفريق بين أمرين :

الأمر الأول : إنه هناك فرق بين تاريخ الوفاة وتاريخ فتح التركة بمعنى أن ب وفاة المالك فإن التركة لا تصبح جائزة إلا بعد استيفاء والقيام بجملة من الأعمال الضرورية لفتح التركة في حين أن تاريخ الوفاة كما هو معلوم هو انتهاء الحياة الطبيعية والقانونية للمورث. وعليه، يمكن الإجابة أن استحقاق الورثة للملكية بموجب الإرث تبتدىء ب وفاة المورث ويشرع في شأنها إبان فتح التركة.

الأمر الثاني : أنه هناك فرق بين الاستحقاق والنقل يعني أن بين استحقاق الملكية ونقلها من الذمة المالية للمورث إلى الذمة الراجعة للورثة نقف في حقيقة الأمر على ثلاث مراحل متتالية :

الأولى : وهي مرحلة الاستحقاق وهي توجب كما أسلفنا سابقا بداية تاريخ وفاة المورث وبداية فتح التركة وهذا التفريق ضروري لأن الاستحقاق، وإن وجد بمجرد الوفاة، فإن ذلك يبقى احتمال صوري فحسب غير قانوني على اعتبار أن الاستحقاق الفعلي والقانوني لا يتم إلا بعد فتح التركة وذلك لأن التركة لا يتخللها ولا تحتوي على حقوق الورثة فقط بل وكذلك على عدة حقوق أخرى وهي أساسا :

- الديون المتعلقة بتجهيز الميت وهي من الديون الممتازة.

- الديون بحسب مراتبها القانونية بمعنى ديون ممتازة أو مرتهنة أو عادية.

الوصايا : والمقصود بها كلّ ما أوصى به المورث في قائم حياته لوارث أو لغير وارث بحسب شروط الوصية اختياريّاً بمعنى لا مجال للوصايا الواجبة في هذا المستوى التي وإن بقيت محافظة على صنعتها كوصية، فإنها تدخل في تصفيتها في الميراث.

وعليه، فاستحقاق الورثة للتركة لا يتمّ ويكون الآبعد استيفاء جميع هذه الحقوق بمعنى أنّه إذا لم يبق شيء من مال التركة بعد استيفاء جملة الحقوق الأخرى. فالورثة لن يستحقوا منها شيئاً لذلك ذكرنا أنّ استحقاق الورثة للتركة وارد عند وفاة المورث ومحقق عند فتح التركة بطبيعة الأمر إذا كان باقي من مال التركة.

الثانية : إنّ وجب التفريق كما أسلفنا بين الاستحقاق والنقل لأنّ الاستحقاق كما ذكرنا متوقّف على بقاء من مال التركة ما وسوف يستحقّه الورثة وبالتالي بهذا بقي من التركة سوف يحلّ الميراث وإذا حلّ الميراث سوف تنتقل ملكيّة الإرث إلى الورثة. طبعاً المقصود بالنقل هنا هو النقل القانوني وليس المادي إذ وجب التأكيد على أن ليس كلّ مستحق في التركة تنتقل إليه الملكيّة لأنّ الوارث شيء والمستحقّ من الإرث شيء آخر وذلك لسبب قانوني له دلالته في ميدان الموارث وهو الحجب من استحقاق التركة حجب إسقاط أو حجب نقصان.

وعليه، فوجود الحجب من عدمه متّصل أساساً بوجود الوارث الحاجب يعني أن من الورثة من يستحقّ من التركة وتنتقل إليه ملكيّة الشيء المورث لعدم وجود الحاجب ونفس الوارث يمكن أن يكون من المستحقين بموجب علاقة الإرث فقط لكن لا تنتقل إليه ملكيّة الشيء الموروث لوجود الحاجب.

الثالثة ، وهو أنّ الاستحقاق والنقل لا يكونان من النتائج الحتمية بالرغم من استحقاق التركة بعد فتحها واستيفاء الديون والوصايا وعدم وجود من يحجب ذلك. إنّ نظام الملكية العقارية يخضع إلى نمطين نظام ملكية العقارات المسجلة ونظام ملكية العقارات غير المسجلة وأنّ ملكية العقارات المسجلة لا يتحقق نقل الملكية في خصوصها إلا بعد ترسيم الصكّ المنتقل للملكية تطبيقاً لمبدأ الأثر المنشئ للترسيم الذي يعني أنّ الملكية العقارية لا تنتقل بموجب الصكّ بل بموجب الصكّ والترسيم تطبيقاً لأحكام مجلة الحقوق العينية وتحديدًا الفصل 305 منها وفق ما تم تنقيحه بموجب القانون عدد 46 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992 .

وعليه، فلا نقل للملكية الموروثة إلا بعد إدراج حجة وفاة المورث ومضمون وفاته لدى إدارة الملكية العقارية، أمّا في خصوص ملكية التّركات غير المشمولة بالسّجل العقاري أو غير الخاضعة للأثر المنشئ للترسيم المحدث بموجب القانون عدد 91 لسنة 2000 المؤرخ في 31 أكتوبر 2000، فإنّ الملكية تنتقل بموجب ما تقتضيه الأحكام العامة وعلى أيّ حال فإنّ الملكية إذا ما استحققت ونقلت دخلت من ذمّ الورثة المالكة ووحدت بينهم في الاستحقاق .

الفقرة الثالثة الفريضة علاقة توحيد بين الورثة :

والمقصود بهذا أنّ نقل الملكية الموروثة إلى الورثة يجعلهم في نظام قانوني منطبق على جميعهم دون استثناء بمعنى أنّ طالما كان الوارث قد أوفى وقدّم جميع ما يثبت العلاقة النسبية بينه وبين المورث وكذلك ما يفيد استحقاق التركة بعد استيفاء دونها والحقوق المتصلة بها ثم ما يوجب حقه في نقل ملكيته لها وعدم وجود ما يحول دون ذلك دخل بالرغم عن سائر الورثة في حالة قانونية معنية وهي حالة استحقاق

الموروث أي ملكيتها على نسب مشاعة أي ملكية منابه من التركة على الشّيعاء وفي ذلك تتحد جميع الورثة.

ونحن أكدنا على النسبة الاستحقاقية المشاعة لأنّ الفريضة لا تحقّق سوى هذا الحقّ المشاع ولا تضمن تخصيصاً أو إفراز إلاّ فيما استثناءه القانون في حالة واحدة تقريباً وهي حالة ما إذا أوصى المورث لأحد الورثة بعين مفرزة ومحدّدة في حدود منابه في التركة وهو ما يسمّى بالوصية بالتخصيص. أمّا فيما عدا ذلك، فإنّ كلّ وارث لا يحقّ له سوى مناب معين في التركة دون فرز أو امتياز والفرز والتمييز لا يتمّ إلاّ بعرض أعمال قانونية أخرى وهي القسمة الرضائية أو القضائية أو سائر الاتفاقات الأخرى الواردة على قسمة التّركات كقسمة (الفصل 67 م ح ع) أو القسمة بالتخصيص (الفصل 140 م ح ع) المهايأة.

بيد أنّ هذا التّوحيد وعلى صحّته، فإنّه لا يعني بأي صورة من الصّور التّعادل في نسبة الاستحقاق.

فهو لا يعني الاستمرار أيضاً لأنّ حالة الشّيعاء في الملكية التي يصبح عليها الورثة بعد استحقاق التركة ونقلها إليهم لا يكتب إليها أن تدوم لأنّ القانون قد خيّر الورثة على عدم البقاء في حالة الشّيعاء لأنّه نصّ صلب الفصل 71 م ح ع : أنّه لا يجبر أحد على البقاء في حالة الشّيعاء وبالتالي يحقّ لكلّ منهم طلب القسمة ثم حتّى وإن حوّل لهم الاتفاق على عدم القسمة (الفصل 71 الفقرة الثانية والثالثة)، فإنّ هذا الاتفاق لا يمكن أن يتجاوز خمس سنوات وإن تجاوز ردّها إليها.

وهو لا يعني التّساوي في الاستحقاق كذلك لأنّ نسب الفريضة والتي مصدرها القرآن الكريم ميّزت البعض من الورثة عن البعض الآخر

لغاية عادلة وتوازنية أساسها نسبة القرابة الدّموية بين المورث والوارث وكذلك قيام الرجال على النساء بما فضلّ إليه بعضهم عن بعض.

الجزء الثاني : الفريضة في نظام الملكية الاستثنائي :

والمقصود بذلك البحث في مسايرة المبادئ الأساسية للملكية العقارات بموجب الإرث وقواعد الفريضة بالمبادئ المتصلة بنظام الملكية المسجلة على أساس أنّ النظام العقاري التونسي ينقسم إلى نظامين : الأول : وتنطبق عليه المبادئ العامة للملكية العقارات لعدم خضوعه لمبادئ السّجل العيني. **والثاني** : تنطبق عليه هذه المبادئ على أساس خضوعه لنظام الشهر العيني وسؤالنا في تحديد وجود هذا التناقص من عدمه يوجب علينا المرور عبر ثلاث نقاط أساسية تتعلّق الأولى بدراسة ترسيم الفريضة من حيث انطباق مبادئ السجل عليها (أ) إن تمّ تحديد الإجراءات القانونية لطلبات التّرسيم المؤسّسة على الفريضة (ب) و أخيراً كيفية معالجة الصّعوبات النّاتجة عن ترسيمها بالسّجل العيني أي تحيينها (ج).

أ - انطباق مبادئ السجل على ترسيم الفريضة :

تخضع طلبات التّرسيم مهما كانت أنواع الصّكوك المطلوبة في الإدراج إلى توقّر ثلاث شروط يتحقّق من وجودها حافظ الملكية العقارية.

يتعلّق الأوّل بما يسمّى مبدأ التّسلسل ويتعلّق الثاني بما يسمّى مبدأ المطابقة، ويتعلّق الثالث بما يسمّى بمبدأ الشّريعة.

والفريضة إذا ما رام أصحابها اعتمادها في طلبات ترسيمهم يعني نقل الأملاك المرسّمة باسم مورثهم إلى ملكيتهم أن تتوفر في شأن تلك

الطلبات تحقيق المبادئ المذكورة. وعليه، فإذا اقتضى مبدأ التسلسل أن يكون آخر مالك هو الذي انجرّ منه الحق لطالب الترسيم، فإنه وفي نطاق ميدان الفرائض يعني أن يتحقق حافظ الملكية العقارية وتطبيقا لمقتضيات الفصل 392 من مجلة الحقوق العينية من أن المورث الذي شملت أملاكه الفريضة المطلوب إدراجها هو آخر مالك بالسجل العيني.

أما إذا لم يتوفر ذلك، فإن طالبي الترسيم يجدون أنفسهم أمام خيارين : إما الاستجابة لطلبات حافظ الملكية العقارية باستكمال حلقات الاستحقاق أو الاتجاه إلى المحكمة العقارية بطلب تحيين بقصد تجاوز تلك الصعوبة كلما كان موضوع الرّسم العقاري خاضعا للتحيين تطبيقا لمقتضيات الفصل الثالث من قانون 2001 المؤرخ في 10 أفريل 2001.

أما إذا لم يكن موضوع الترسيم من قبيل هذه العقارات انعدمت ملكية الورثة تطبيقا لما يسمّى مبدأ الأثر المنشئ للترسيم وذلك لما اقتضاه الفصل 305 من مجلة الحقوق العينية في أن تكوين الحق العيني مشروط بالترسيم.

وعلى الطالبين أيضا أن يقدموا لإدارة الملكية العقارية ما يؤكد أن المطلوب إدراجه يتطابق في بياناته مع بيانات الرّسم العقاري موضوع طلب الترسيم.

بحيث يتعيّن أن يكون موضوع الفريضة يتعلّق بنفس موضوع المطلب من حيث عدده مساحته حدوده وكذلك أن تكون الحالة المدنية للمورث تتطابق مع حالته المدنية المدرجة بالسجل وذلك تطبيقا لمقتضيات الفصل 390 من مجلة الحقوق العينية.

أمّا مبدأ الشرعية، فهو يقتضي أن تكون جميع الصّكوك المطلوب إدراجها بالسجلّ العيني محتوية على جميع الشّروط القانونية والشّكليّة المنقّلة للملكيّة.

وهي عادة من الشّروط المنطبقة على الصّكوك إذ قد يتبين بناء عليه باعتبار أن الفريضة نتاج للملكيّة بموجب الإرث والذي يعدّ حالة ماديّة واقعية تخرج عن مناط الصّكوك بما يعني صعوبة التلاؤم بين شرط الشرعية والملكيّة بموجب الإرث وعلى تحديد المنابات المدرجة بالفريضة المقدمة للرّسيم.

فهل يحقّ لحافظ الملكية العقارية مراقبة الفريضة من منظور الشرعيّة ؟

وجب أن نذكر أنّ الفريضة، وإن لم تعتبر من الصّكوك المحضة، فهي من الوثائق القانونيّة المعتمدة فيها أسس تقسيم التّركات تطبيقاً لمقتضيات مجلّة الأحوال الشخصيّة.

بمعنى، وإن لم تكن الفريضة صكّا، فهي يجب أن تخضع للمبادئ الشرعية لقسمة التّركات.

فمبدأ الشرعية إذا لا يخرج عن طائلتها.

وإن كان الأمر كذلك، أمكن القول أنّ الفريضة لا تخرج عن تحقيق حافظ الملكية العقاريّة من منظورها الشرعي وهو التّحقّق من استيفاء كافّة الورثة في التّطابق بين حجة الوفاة وبين قائمة المستحقّين وكذلك البحث للتّحقّق من صحّة توزيع التّركة واعتماد قواعد الإرث كالردّ والعول والحجب والسّقوط.

وهي مسائل دقيقة في حقيقة الأمر تصعب مراقبتها وهو ما شكّل موطن استشكل لدى إدارة الملكية العقارية ممّا فتح أبواب الطّعون لدى المحكمة العقارية كجهاز معاون لإدارة الملكية العقارية من أجل تجاوز هذه الصّعوبات.

ب - تحديد الإجراءات القانونية لطلبات التّرسيم المؤسّسة على الفريضة :

هذه الإجراءات اقتضاها المشرّع كذلك في جميع مطالب التّرسيم تطبيقاً لمقتضيات الفصل 392 م ح ع وهي الوثائق المطلوب إدراجها وما تستوفيه من شروط.

وفي صورة الحال، فإنّ الوثائق المطلوب إدراجها تقدّم إمّا مباشرة لإدارة الملكية العقارية أو بمناسبة تسجيلها لدى القبضة المالية.

ويتكوّن ملف التّرسيم بالنسبة لنقل الملكية بوجه الوفاة على مضمون في شهادة الوفاة صادر عن ضابط الحالة المدنية تطبيقاً لمقتضيات قانون الحالة المدنيّة.

حجّة وفاة المورث، وتتضمن أسماء الورثة صحبة حالاتهم المدنيّة ونسب استحقاقهم عند الاقتضاء.

ويمكن الاختصار على هذين المؤيدين دون تقديم فريضة وهو ما دأب عليه عمل إدارة الملكية العقارية في عديد الحالات إذ يتمّ نقل الملكية من المورث إلى الورثة دون تحديد نسبة كلّ وارث وهو ما كان سبباً أساسياً في جمود الرّسوم العقارية إذ يتولّى الورثة التّفويت في أكثر من مناباتهم دون التّفطن إلى تجاوز مناباتهم الأصليّة.

وتتولّى إدارة الملكية العقارية ترسيم الصّكوك اللاحقة دون التّحقق من تجاوز تلك المنابات إلى حدّ تصبح فيه مساحة العقار لا تفي بمنابات المستحقّين.

ولذلك كان ممّا يقترب إلى شرعية الأشياء تقديم إلى جانب المؤيّدات المذكورة حجة في الفريضة محرّرة من ذوي الاختصاص.

وتبقى رغما عن ذلك مؤيّدات ملف التّرسيم بموجب الإرث لا تخلو من بعض النقاشات وذلك على مستويين على الأقلّ.

على المستوى الأوّل :

يقتضي التّرسيم الجديد من بين المؤيّدات المستوجب تقديمها سند الملكية "ان سبق تقديمه" حسب مقتضيات الفصل 394 م ح ع والفصل الرابع من الامر عدد 462 سنة 1998 المؤرخ في 23 فيفري 1998.

حتى يتمكن حافظ الملكية العقارية من إلغائه وتعويضه برسم جديد .

ولقد سنّت في حقيقة الأمر هذه قواعد بقصد الحدّ من عمليات التّحليل بأن يبقى سند الملكية مطابق لآخر حالة استحقاقية.

هذا الأمر لا يستقيم بسهولة مع نقل الملكية بموجب الإرث لأنّ الورثة قد يجدون أنفسهم أمام استحالة مادية لتقديم هذا السند نظرا لأنّ انتقال الملكية إليهم لم يكن بموجب الاتفاق ويبقى الأمر واردا إذ قد يتحصّل أحد الورثة على سند ملكية مورثه ويستعمله بوصفه وارثا في التّفويت فيه للغير بعد أن كان قد تولّى الورثة نقل الملكية إليهم بموجب الإرث والتّفويت للغير في تلك المنابات.

على المستوى الثاني :

يرى بعض رجال القانون أنّ التّرسيم بموجب الوفاة يكتفي فيه بتقديم حجة الوفاة فقط دون مضمون الوفاة. اعتبارا منهم من أنّ المسألة لا جدوى قانونيّة منها ولا تطبيقية. وما أساس هذا الطلب المتمثل في كون مضمون الوفاة يثبت الوفاة وحجة الوفاة تحصر الورثة اعتبار مردود عليه.

غاية ما في الأمر أنّ قاضي النّاحية عند إقامة حجة الوفاة يكون بالضرورة قد اطلع على مضمون الوفاة متوليا إدراج بياناتها صلب حجة الوفاة.

ج - تحيين الرّسوم العقارية المشمولة على فريضة :

من الوارد جداً أن تنجرّ على وضعيّة التّرسيمات للملكيّة الورثة دون تحديد نسب له الاستحقاق كما بيّنا سابقا آثار على الحالة القانونيّة لذلك الرّسم المعبر عنها شرعا بالرّسوم المجمدة.

كما يمكن أن ينجرّ ذلك عن التّرسيمات المتعلّقة بالأحباس ممّا يقتضي كذلك تحيينها بتقديم قائمة المستحقّين ممّا يقتضي إعداد فريضة أولئك المالكين.

ومهما تعدّدت الأسباب، فإنّ تحيين الرّسوم العقارية المتضمنة لفرائض تستوجب عدّة شروط أهمّها أن يكون موضوع الفريضة من الرّسوم العقارية الخاضعة لإجراءات التّحيين تطبيقا لمقتضيات الفصل الثالث من قانون 10 أفريل 2001 بمعنى العقارات التي أحدثت رسومها بموجب أحكام تسجيل صادرة قبل العمل بمقتضيات القانون عدد 30 لسنة 1998 المؤرخ في 20 أفريل 1998.

وعدا ما تمّ تخيينه تطبيقا للقانون المذكور.

ووجب في هذا النطاق أن نوضّح أن قانون 2001 مثلما هو معلوم قد فرّق اختصاص المحكمة العقارية في مجال التّحين بين هيكلين داخل نفس المحكمة وهما :

دائرة الرّسوم المحمّدة ودائرة السّجل العقاري.

وعلى اختلاف هذا الأمر وخلافا لسانر مواضيع طلبات التّحين، فإنّ دائرتين تتّحدان في النّظر في موضوع الفرائض تطبيقا لمقتضيات الفصلين 6 و 7 من قانون 2001.

بيد أن المشرّع قد سعى إلى التّمييز بين الاختصاصين بأن جعل اختصاص قاضي السّجل العقاري بالنّظر في الفرائض من حيث تحرير منابات المستحقين بحسب البيانات المضمّنة بالسّجل.

أمّا الدّائرة، فتتّظر في إصلاح أو ترسيم أو ضبط المنابات الاستحقاقية بمعنى أن الفرق بينهما يتمحور في وجود اختلاف أو نزاع في الاستحقاق في الفريضة أو نسبة استحقاقها من عدمه.

